



### Domenico Bilotti

(assegnista di ricerca presso l'Università "Magna Graecia" di Catanzaro,  
Dipartimento di Scienze Giuridiche, Storiche, Economiche e Sociali)

#### La tutela del (coniuge) minore. Prospettive confessionali e prospettive civili \*

**SOMMARIO:** 1. La progressiva residualità dell'ipotesi del matrimonio tra minori e i perduranti profili di interesse nella disciplina canonistica – 2. I diritti dei minori nel quadro delle relazioni di famiglia: un ambito più ampio da cui valutare il problema dell'osservanza dei precetti confessionali – 3. Due ipotesi dibattute alla prova dell'applicazione pratica: la tutela penale e i patti tra i coniugi nel procedimento di separazione.

#### 1 - La progressiva residualità dell'ipotesi del matrimonio tra minori e i perduranti profili di interesse nella disciplina canonistica

Riflettere sugli strumenti normativi, destinati alla protezione di specifiche categorie soggettive, non è un'esperienza inedita per la cultura giuridica occidentale. Se ciascun ordinamento, infatti, finisce per prevedere delle disposizioni di tipo più o meno chiaramente promozionale, nei confronti dei soggetti individuati come meritevoli di maggiore tutela rispetto alla generalità dei consociati, l'opportunità di statuire normative in tal senso si è ancor meglio definita con l'affermarsi del cd. *stato sociale di diritto*<sup>1</sup>.

Questo approccio, tuttavia, presenta, come si proverà a dimostrare, degli indiscutibili profili di tipicità per ciò che può essere definito, per

---

\* Contributo sottoposto a valutazione.

<sup>1</sup> Stando ad alcune voci del dibattito italiano, cfr., tra gli altri, **G. COSI**, *Legge, diritto, giustizia. Un percorso nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 181 e ss.; **E. SPAGNA MUSSO**, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana* (1961), in **ID**, *Scritti di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2008, I tomo, p. 423 e ss.; con ancor più netti profili di criticità, **P. BARCELLONA**, *Il declino dello Stato. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, Dedalo, Bari, 1998, p. 189 e ss.; un'originale proposta, in termini di storia e teoria del diritto, anche in **M. SABBIONETI**, *Democrazia sociale e diritto privato. La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 521 e ss.; ancora, sulla crisi dell'intervento pubblico e sull'opportunità di tutelare i diritti esigibili dal singolo nei confronti dello Stato, **A. GIUFFRIDA**, *Il "diritto" ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 84 e ss.



comodità espositiva, “diritto minorile”. La trattazione non mirerà a realizzare un’esaustiva *mappatura* di quegli ambiti dell’ordinamento giuridico ove sussistono delle ipotesi e dei profili di legislazione speciale, a vantaggio dei soggetti minori: in parte, perché ciò implicherebbe un’elencazione, per sua natura *aperta* e incompiuta, di fattispecie tra loro non facilmente comparabili, se non per il riguardare, almeno indirettamente, la presenza di un soggetto del rapporto giuridico che sia minore d’età; in parte, perché potrà rivelarsi preferibile analizzare aspetti specifici, non in grado di esaurire tutte le situazioni in cui lo statuto giuridico del minore sia sottoposto a delle regole diverse da quelle previste dal diritto comune, ma idonei a prospettare alcune delle questioni più controverse e interessanti, venute all’attenzione del giurista negli ultimi decenni. In definitiva, vi sarà modo di concludere come, nonostante alcuni apprezzabili interventi legislativi (in particolar modo, nel diritto di famiglia e nell’ambito della tutela penale), difficilmente, la più efficace protezione giuridica del minore, in concreto esperibile al giorno d’oggi, si attui attraverso una regolamentazione generale e astratta. Non solo perché quest’ultima finisce, talvolta, per orientare il contenzioso, riproducendo in esso le incertezze interpretative già suscitate dai testi di legge, ma anche perché, nella protezione dell’interesse del minore, le forme di collaborazione tra le diverse agenzie formative si rivelano le uniche davvero efficaci nel prevenire quelle ipotesi di conflittualità, che si pongono, invece, da ostacolo ad una libera e pacifica formazione della persona.

La tutela del minore, come obiettivo su cui debbano convergere le istanze della dottrina, il *favor* della giurisprudenza e gli interventi legislativi, si è molto evoluta negli ultimi decenni<sup>2</sup>. In parte, ciò è stato determinato dall’indiscutibile modificazione delle diverse fasi anagrafiche dell’esistenza, per cui si è prodotto un naturale spostamento “in avanti” di attività e relazioni sociali, che, un tempo, potevano assai più facilmente rientrare nel vissuto quotidiano del soggetto minore. D’altra parte, però,

---

<sup>2</sup> Cfr., in un dibattito di evidente complessità e destinato, come si vedrà, ad ampliare le proprie, già larghe, prospettive: **R. AMAGLIANI**, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 131 e ss.; **G. FERRANDO**, *Manuale di diritto della famiglia*, Laterza, Roma-Bari, 2005; nel quadro dello studio su un più specifico istituto, vedi anche **EAD.**, *Note introduttive. Matrimonio e rimedi alla crisi della famiglia*, in **G. FERRANDO, A. QUERCI**, *L’invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Ipsoa, Milano, 2007, p. 3 e ss.; con particolare riguardo ai rapporti tra la mutazione del *tessuto* familiare e il contestuale permanere di una disciplina di garanzia sui diritti e sui doveri dei coniugi, in ciò individuando due situazioni meritevoli di tutela, **F. GAZZONI**, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 15<sup>a</sup> ed., 2011, pp. 313-321, 365-371.



una maggiore consapevolezza, circa la natura dei minori come persone fisiche maggiormente meritevoli di tutela, si è fatta strada, anche a prescindere da una specifica corrispondenza con l'evoluzione politico-economica della società. Mentre quest'ultima continua a sottoporre all'attenzione del giurista tematiche sempre nuove (o, almeno, nuovi modi di guardare a problematiche più risalenti), l'evoluzione del quadro legislativo sembra far propendere per una valutazione essenzialmente positiva del diritto vigente, che ha incluso specifiche norme di garanzia a presidio dei diritti dei minori, dall'entrata in vigore della Carta costituzionale sino ad oggi<sup>3</sup>.

In questo contesto, la tutela del coniuge minore è stata progressivamente inquadrata come fondamentalmente residuale, un'ipotesi di scuola da poter essere difficilmente messa alla prova all'atto pratico, attesa la drastica riduzione quantitativa della fattispecie. Tale considerazione non deve, comunque sia, spingere ad ignorare completamente la sopravvivenza di ipotesi siffatte: benché anche apprezzabilmente diminuite, esse devono continuare a motivare un particolare interesse, perché di rilievo sono i valori da porre a oggetto della disciplina e delle prassi di riferimento. Certo è che lo stato del dibattito (e del contenzioso, soprattutto quello civile, ma senza escludere le implicazioni penalistiche della questione) farebbe apparire, quale soluzione ermeneutica e ricostruttiva più appagante, una più attenta rivisitazione della condizione del minore, prima nell'ambito del quadro sociale e nel vasto campo del diritto di famiglia<sup>4</sup>, mano a mano, poi, restringendo l'analisi sino al diritto matrimoniale *tout court*.

L'approccio opposto, che sembra ancora prevalente, parte, invece, da due diverse prospettive: l'inquadramento internazionalistico della condizione del minore, eventualmente - e a maggior ragione - nel diritto

---

<sup>3</sup> Concorrendo a determinare la sempre più consapevole attenzione dei diritti confessionali (qui intesi eminentemente quali ordinamenti giuridici, a prescindere dalla valutazione di singole fattispecie insorte all'interno di quei sistemi normativi), come può valutarsi, ad altro titolo, in **S. BERLINGÒ**, *La prova di coscienza nelle cause canoniche di nullità del matrimonio*, in G. Boni, G. Dalla Torre, C. Gullo, a cura di, *Veritas non auctoritas facit legem. Studi di diritto matrimoniale in onore di Piero Antonio Bonnet*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2012, p. 129.

<sup>4</sup> Anche perché tali ambiti, considerati nel quadro dei diversi ordinamenti giuridici costituzionali (nazionali), potrebbero consentire una contestuale analisi dei modelli istituzionali oggi prevalenti, almeno all'interno del Continente europeo. Vedi, al riguardo, **R. MAZZOLA**, *La convivenza delle regole. Diritto, sicurezza e organizzazioni religiose*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 25-30.



matrimoniale<sup>5</sup>, e, proprio nell'ottica matrimonialistica, il coordinamento tra il sistema giuridico canonico e il sistema giuridico civile<sup>6</sup>. Quanto al primo profilo, non pare potersi fare a meno di ritenere, quale *norma-quadro* di natura convenzionale-internazionale, l'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo, secondo cui

*“uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione. Essi hanno eguali diritti riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e all'atto del suo scioglimento”.*

Come facilmente può intuirsi, la prima parte della disposizione sembra avere carattere essenzialmente proclamativo, se non adeguatamente attuata negli ordinamenti nazionali dei diversi Stati aderenti, mentre è di assoluto interesse, nell'applicazione pratica dei principi individuati, che i coniugi abbiano eguali diritti *durante il matrimonio e all'atto del suo scioglimento*. Se, ai fini della presente trattazione, poteva suscitare talune perplessità l'indicazione generica di una presumibile “età adatta” (né, del resto, maggiori specificazioni avrebbero finito per indicare più chiaramente il settore d'analisi), l'eguaglianza dei diritti esercitabili deve estendersi a ogni fase della disciplina matrimoniale. La fase del consenso<sup>7</sup>, che consiste nel diritto di scelta non solo sulla persona del coniuge ma anche sull'atto, sulle forme e sugli effetti del contrarre matrimonio, esce ulteriormente confermata dalla lettura del paragrafo successivo (*il matrimonio può essere concluso soltanto*

---

<sup>5</sup> Sulla necessità di preservare l'ambito matrimonialistico da sin troppo frequenti difetti di coordinazione tra i diversi ordinamenti giuridici - per il vero secondo l'A., a breve richiamato, soprattutto sul piano eminentemente processuale, vedi **A. LICASTRO**, *Il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche matrimoniali e le nuove forme di cooperazione giudiziaria europea*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2000, p. 1269 e ss.

<sup>6</sup> Tale approccio è, del resto, particolarmente utile, allorché l'analisi debba riguardare le mutate prospettive applicative dello stesso diritto canonico. Cfr. **R. COPPOLA**, *La posizione e la tutela del minore dopo il nuovo codice di diritto canonico*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 1985, pp. 1047-1056; **P.A. BONNET**, *Educazione nella fede, educazione alla fede e magistero della Chiesa*, nei *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2001, pp. 81-101.

<sup>7</sup> Sulla rilevanza canonistica della fattispecie, vedi **P. MONETA**, *Communitas vitae et amoris. Scritti di diritto matrimoniale canonico*, Pisa University Press, Pisa, 2013, p. 203 e ss. Per una visione che affronti il tema del consenso, nell'ambito civilistico, nell'ottica del “rapporto”, oltre che in quella del “contratto”, vedi **A. TESTA**, *Rapporti patrimoniali e famiglia nell'evoluzione interpretativa della riforma del diritto di famiglia*, Ipsoa, Milano, 2010, p. 49 e ss. Una opportuna lettura che consenta di trattare della rilevanza del consenso, nella duplice prospettiva confessionale-civile, in **S. BERLINGÒ**, **E. VITALI**, *Il matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 57 e ss.



con il libero e pieno consenso dei futuri coniugi). La fase successiva che, alla stregua delle suggestioni della dottrina ecclesiasticistica<sup>8</sup>, potrebbe essere qualificata del *matrimonio-rapporto*, soggiace alla medesima *ratio*. Ancor più, gli effetti civili dello scioglimento del matrimonio debbono essere regolamentati in modo da non pregiudicare la detta parità di diritti. Ad esempio, come si chiarirà a breve, tale meccanismo dovrà essere applicato nei confronti della prole o nel non venir meno di alcuni profili di solidarietà sociale, che non si estinguono certo allo scioglimento del matrimonio sul piano prettamente formale-regolativo. Questo appare il dato fondamentale per cogliere apprezzabilmente le implicazioni della Dichiarazione nell'ambito processuale e nelle norme attuative e confermativie che essa esigerebbe nei diritti statuali. Ben più discusso è stato, e continuerà ad essere, il *paragrafo* conclusivo dell'articolo, benché espresso in modalità non realmente distanti dal quadro accolto, tra gli altri, dal Costituente italiano: *"la famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato"*. Non è questa la sede per tornare sulla questione, lungi dall'essere risolta, di una definizione esaustiva ed evolutiva della nozione di "famiglia", né sui dubbi relativi ad una sua estensione in senso *a-tecnico* o meramente socio-culturale<sup>9</sup>. Ai fini di una prima analisi sulla tutela del coniuge minore nel diritto vigente, ci si fermerà a ritenere che la garanzia di questa protezione, ad avviso della Dichiarazione, non va limitata alla sfera di un diretto intervento di uno dei poteri dello Stato, ma estesa al quadro delle relazioni sociali nel loro complesso.

Le questioni più interessanti, introdotte dalla dimensione prettamente internazionalistica, sono, in qualche misura, emerse anche nella codificazione canonica del 1983<sup>10</sup>. Ciò è avvenuto non solo per la

---

<sup>8</sup> In realtà, proponendo talune criticità sull'utilizzo cristallizzato di formule siffatte, vedi P. MONETA, *Communitas vitae et amoris*, cit., pp. 175-200; 317-331.

<sup>9</sup> Numerosi paiono i testi che si misurano criticamente con questo tipo di modificazioni. Cfr., tra gli altri: S. CASTIGNONE, *Nuovi diritti e nuovi soggetti. Appunti di bioetica e biodiritto*, ECIG, Genova, 1996; S. Moller Okin, a cura di, *Diritti delle donne e multiculturalismo*, trad. it. post. Cortina, Milano, 2007; C. SARACENO, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Feltrinelli, Milano, 2012; C. TAYLOR, *Il disagio della modernità* (1992), trad. it. Laterza, Roma-Bari, 1993; ID., *Gli immaginari sociali moderni* (2004), trad. it. Meltemi, Roma, 2004.

<sup>10</sup> Come emergerà, in modo più visibile e, tuttavia, non meno dibattuto, lungo tutto il Magistero di Giovanni Paolo II. Vedi, in argomento, B. ESPOSITO, *Il Diritto Internazionale tra passato e futuro: l'apporto della Dottrina cattolica e di Giovanni Paolo II. Una proposta concreta per la sua evoluzione*, in G. Dalla Torre, C. Mirabelli, a cura di, *Le sfide del diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009, pp. 175-211.



tradizionale attenzione dell'ordinamento ecclesiale all'ambito matrimoniale e al suo incardinamento nel novero delle relazioni familiari, tanto avvertita da spingerne la teorizzazione nell'ambito del diritto naturale, ma anche perché il *Codex* del 1983 è espressione di una fase essenzialmente proficua e propositiva nella storia della Chiesa e del suo diritto. Lo strumento della codificazione deve cercare di concretizzare sul piano strettamente normativo l'entusiasmo diffuso che aveva accompagnato gli sviluppi del Concilio Vaticano II. L'interpretazione e la dogmatica del diritto civile non sono più guardate con sospetto dal diritto canonico, che, al contrario, pur indirizzandole secondo le proprie evidenti e *non negoziabili* tipicità, le utilizza sul piano metodologico e redazionale. Si tratta, perciò, di una Chiesa che non si dota di un diritto *sordo* alle stimolazioni giungenti dal retrostante contesto sociale; al contrario, il *Codex* è una fonte del diritto canonico non poco influenzata dalla presenza di posizioni divergenti in sede di stesura<sup>11</sup>, dall'approfondimento di tematiche eminentemente giuridiche<sup>12</sup>, dalla necessità di immaginare rinnovate modalità relazionali con le autorità civili<sup>13</sup>.

La dialettica tra le innovazioni, compiute sul piano metodologico e istituzionale, e la preservazione di un *nucleo normativo* fondamentale risulta particolarmente visibile nel rileggere il combinato disposto tra i canoni 1058 e 1083 del vigente codice. Il primo, coerentemente rispetto all'elaborazione del diritto ecclesiale in materia di rapporti tra i coniugi (e, ancor più, nell'ambito teologico, giustificativo del *diritto sacramentale*),

---

<sup>11</sup> Essendo controverso poter stabilire, anche in via meramente ipotetica, se siano prevalse le istanze maggiormente meritevoli di tutela e le formulazioni giuridicamente più appaganti, come notasi, tra gli altri, in **A. MANTINEO**, *Le confraternite: una tipica forma di associazione laicale*, Giappichelli, Torino, pp. 127-139; **F. ZANCHINI di CASTIGLIONCHIO**, *O Roma quanta fuit! Tra scenate e svarioni dell'odierno S. Uffizio. Riflessioni sul can. 1378 § 2, a proposito del caso di Martha Heizer*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<http://www.statoechiese.it>), luglio 2014; **L. ZANNOTTI**, *La Chiesa e il principio di autorità. Una riflessione sugli elementi essenziali del diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2012 (in special modo, pp. 40-62; 96-105).

<sup>12</sup> Una metodologia rigorosamente giuridica non varrebbe a scalfire, del resto, la necessità di concepire il diritto della Chiesa, al di fuori dalle oscillazioni della dogmatica privatistica secolare e con un proprio nucleo di fondamenti dottrinali, non del tutto accessibile con gli strumenti ermeneutici del diritto laicale. Di questo avviso, cfr., tra gli altri, **G. FELICIANI**, *Le basi del diritto canonico*, il Mulino, Bologna, 2002, pp. 63-64.

<sup>13</sup> Sforzo, in parte, disatteso, ad avviso di **A. MELLONI**, *Il Concordato con l'Italia e gli ultimi vent'anni di rapporti tra Stato e Chiesa*, nei *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1/2004, pp. 12-13. Per una rilettura in larga misura difforme, cfr., per tutti, **R. ASTORRI**, *È ancora possibile una politica ecclesiastica? Tra "caso italiano" e contesto europeo e internazionale*, nei medesimi *Quaderni*, n. 1/2014, pp. 235-252.



appare fungere da *norma-cornice* di tutto il diritto matrimoniale, non solo in quanto specifica disciplina dell'ordinamento oggettivo, ma anche nei termini di quello che la dottrina secolare potrebbe chiamare "diritto soggettivo"<sup>14</sup>. Norma, cioè, istitutiva di un formale diritto a contrarre matrimonio, secondo le evidenze e i limiti del diritto naturale. L'opzione avanzata risponde ad una *ratio naturalis* (il matrimonio è, perciò, istituto che trae fondamento dal diritto naturale e che non può essere né pensato, né disciplinato, dall'uomo in termini diversi da quelli propri del diritto naturale<sup>15</sup>), ad una *ratio medicinalis* (assecondando una tradizione ben più forte sino al *Codex Juris Canonici* del 1917, che assegna ai rapporti tra i contraenti una spiccata valenza inter-soggettiva, estranea a una conformazione peccaminosa della sfera sessuale del genere umano<sup>16</sup>), nonché ad una *ratio sacramentalis* (per come accolta, non solo sul piano simbolico, dal diritto conciliare).

Da tale imponente *impalcatura* normativa, discende una disciplina non troppo articolata nei riguardi del coniuge minore, idonea, comunque sia, ad approntare dei margini di tutela di interesse. L'età minima per contrarre lecitamente matrimonio è assunta in sedici anni per l'uomo e in quattordici per la donna. L'età considerata è evidentemente riconnessa a un duplice fondamento. Sul piano assiologico, in essa si ravvisa la soglia minima per potere adeguatamente considerare la condizione di maturità psico-fisica del coniuge, tanto ai sensi del rapporto che si instaurerà e dei suoi effetti, quanto nell'ambito strettamente sacramentale, per cui le parti debbono avere consapevolezza della scelta intrapresa e del suo rilievo, indisponibile alla determinazione umana e a una sua arbitraria modificabilità e/o revocabilità. Come si vede, ciò tende a confermare una visione essenzialmente olistica del vincolo coniugale, che vale, ancora una volta, a distinguere il matrimonio, inteso come istituto contrattuale di

---

<sup>14</sup> Ricostruisce molto criticamente l'origine concettuale di tale situazione giuridica **M. LA TORRE**, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Giuffrè, Milano, 1996; sulle specifiche implicazioni di un suo utilizzo nel campo ecclesiasticistico vedi **S. FERLITO**, *Diritto soggettivo e libertà religiosa. Riflessioni per uno studio storico e concettuale*, ESI, Napoli, 2003.

<sup>15</sup> Sui limiti giuridici di approcci che intendano, invece, far leva su eccessive pretese di adattabilità, vedi **G. BONI**, *Il matrimonio tra pluralismo culturale e veritas del diritto divino*, in Ead, G. Dalla Torre, C. Gullo, a cura di, *Veritas non auctoritas facit legem*, cit., pp. 163-177.

<sup>16</sup> Concorrendo a determinare, nei secoli, una visione *corporalista* dell'unione coniugale, secondo la prospettiva ricostruttiva approfonditamente individuata in **E. DIENI**, *Tradizione «juscorporalista» e codificazione del matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 1999.



diritto civile, largamente secolare nonostante l'originaria influenza della accezione ecclesiastica<sup>17</sup>, dalla natura composita, unitaria e articolata del vincolo matrimoniale, secondo la più parte dei diritti confessionali - e, a maggior ragione, secondo la risalente e durevole impostazione canonistica.

È stato notato come l'età prevista per contrarre matrimonio si riveli funzionale anche a specifici rilievi di carattere processuale, sebbene sia da accogliere l'idea per cui questi profili costituiscano una conseguenza e non una *concausa* della rigorosa impostazione del canone 1083. Al di sotto dei sedici anni per l'uomo e dei quattordici per la donna, infatti, sarebbe problematico sul piano pratico e verosimilmente assai controverso, sul piano della considerazione emotiva della questione, dimostrare in giudizio l'evenienza della *impotentia coeundi* - quale che ne sia l'interpretazione più adeguata e coerente da accogliere<sup>18</sup>.

Il secondo paragrafo del canone 1083 prevede, inoltre, un meccanismo di innalzamento dell'età precedentemente individuata, che è stato proficuo nel *livellare in melius* le disposizioni di garanzia, tra i diversi diritti privati nazionali e il diritto canonico. Innovando, con una procedura che non emergeva nel *Codex* del 1917, le Conferenze Episcopali possono innalzare l'età per contrarre lecitamente matrimonio. Considerata la particolare delicatezza della questione (pur sempre relativa alla massima tutela, in concreto, realizzabile nei confronti di soggetti ancora in formazione), ciò vale anche a riconoscere la accresciuta rilevanza delle Conferenze Episcopali<sup>19</sup>, tanto nel sistema delle fonti del *nuovo diritto canonico*, quanto in quello del *diritto ecclesiastico concordatario*. Anche in sistemi che non riconoscano uno specifico rilievo *negoziale* alla Conferenza Episcopale, come, al contrario, avviene in Italia, ai sensi di precise

---

<sup>17</sup> Su tali aspetti appare di durevole interesse la trattazione offerta in **J. GAUDEMET**, *Il matrimonio in Occidente* (1987), trad. it. di B. Pistocchi, SEI, Torino, 1996; per un breve ragguaglio sui contenuti dell'opera, anche nel quadro del dibattito italiano, vedi **G. BERTOLINI**, *Intenzione coniugale e sacramentalità del matrimonio*, II, *Approfondimenti e riflessioni*, CEDAM, Padova, 2008, p. 59 e ss.

<sup>18</sup> Recuperando alcune delle criticità, individuate anche dai primi commentatori (cfr. **M.F. POMPEDDA**, *Annotazioni sul diritto matrimoniale nel nuovo codice di diritto canonico – impedimento di impotenza*, in **M.F. POMPEDDA**, **Z. GROCHOLEWCKSI**, **C. ZAGOIA**, *Il matrimonio sul nuovo codice di diritto canonico*, CEDAM, Padova, 1984, pp. 153-165), nonché fornendovi apporti improntati a un maggiore scetticismo, vedi **A. d'AVACK**, *Il crepuscolo dell'impotenza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., marzo 2010.

<sup>19</sup> Il tema è recentemente affrontato, almeno quanto ai suoi riflessi nel dibattito italiano, in **L. DE GREGORIO**, *Conferenza Episcopale Italiana. Potere normativo e ruolo pastorale*, Libellula, Tricase, 2012.



disposizioni legislative - a partire dall'art. 13 della legge n. 222 del 1985 -, la statuizione del paragrafo II non può che essere riletta nel senso di avvicinare i margini di tutela nei confronti dei soggetti minori, tra il diritto matrimoniale civile e quello canonico. Ciò è previsto soprattutto per evitare che il raggiungimento del diciassettesimo o del quindicesimo anno di vita non corrispondano, se non dal punto di vista formale, ad una effettiva maturità psico-fisica dei soggetti interessati. L'innalzamento ad iniziativa delle Conferenze Episcopali è a questi fini comprensibilmente incentivato. Il rilievo normativo generale delle Conferenze, sebbene non solo in quest'ambito, è espressamente sancito dalle stesse disposizioni canoniche (si ricordino, in proposito, i canoni 447 e ss. del *Codex*): ruolo ancor più significativo nel settore *de quo*.

## **2 - I diritti dei minori nel quadro delle relazioni di famiglia: un ambito più ampio da cui valutare il problema dell'osservanza dei precetti confessionali**

Dalla suesposta prospettazione, si riconosce piuttosto agevolmente come l'enucleazione dei profili tradizionalmente problematici della disciplina non riesca ancora a dar conto della pluralità di questioni riconnesse, anche in ambito confessionale, alla normativa riconducibile alla posizione dei coniugi minori (il consenso, i margini di tutela, caso per caso, applicabili, i riflessi sul "procedimento" matrimoniale adottato, la contestuale protezione giuridica della libertà matrimoniale dei due nubendi). Il tema è esso stesso non nuovo, del resto, nell'ordinamento giuridico italiano. Taluni esempi concorreranno a chiarire come, rispetto ai mutamenti intercorsi nel tentativo di predisporre cautele adeguate alla condizione giuridica dei minori, anche problematiche apparentemente superate dai fatti possano fornire argomenti importanti per bilanciare il necessario riconoscimento del pluralismo culturale e confessionale con la non demandabilità della disciplina di garanzia, a beneficio del minore, unicamente ad agenzie formative di carattere *extra-statuale*<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Tale argomento merita d'essere considerato in tutti quegli ambiti in cui il cogliere la peculiare incidenza del fatto religioso non vale ad eliminare le attribuzioni dei pubblici poteri, né a finire per sostituirle, attraverso il contributo *sussidiario* dell'associazionismo (anche) religiosamente orientato. Alcune osservazioni simili, su una pluralità di settori dell'esperienza giuridica, in: **S. BORDONALI**, *L'incidenza del fatto religioso nei percorsi formativi della legge nell'ordinamento italiano*, in *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, 2010, pp. 703-56; **S. DOMIANELLO**, *Il matrimonio "davanti a ministri di culto"*, in P. Zatti,



Quando entrò in vigore la "legge sui culti ammessi", pur concepita da un legislatore che certo non si faceva garante di richieste quali quella del pluralismo confessionale<sup>21</sup>, così come è stato inteso negli ultimi decenni, era difficilmente discutibile che la ordinamento unilaterale sulle confessioni acattoliche potesse sembrare il tentativo di approntare una disciplina prudentemente - e limitatamente - liberale nei confronti dei culti minoritari<sup>22</sup>. Quali che fossero le ragioni che muovevano, in concreto, le scelte legislative, la legge n. 1159 del 1929 finiva per regolamentare, con una serie di limiti puntualmente analizzati e indicizzati dalla dottrina<sup>23</sup>, anche delle realtà confessionali che si ponevano in apparente contrarietà con il sentire comune e la morale socialmente dominante. Esse non integravano, comunque sia, i limiti oggettivi del buoncostume e dell'ordine pubblico e, perciò, conseguivano a tutti gli effetti quella condizione di "ammissibilità" di cui alla titolazione della legge. Basti pensare che era già dotata di un primo (tentato) radicamento la

---

diretto da, *Trattato di Diritto di Famiglia*, I, *Famiglia e matrimonio*, G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello, a cura di, Giuffrè, Milano, 2<sup>a</sup> ed., 2011, pp. 365-732; **N. FIORITA**, *Il pluralismo in materia religiosa nel settore del finanziamento pubblico delle confessioni*, in S. Domianello, a cura di, *Diritto e religione in Italia. Rapporto nazionale sulla salvaguardia della libertà religiosa in regime di pluralismo confessionale e culturale*, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 75-86.

<sup>21</sup> Tra le numerose fonti che potrebbero confermarlo: **S. FIORITO**, **M. PIRAINO**, *L'identità fascista – Progetto politico e dottrina del fascismo*, Lulu, Raleigh, 2008, p. 85 e ss.; **A. SOMMA**, *I giuristi e l'asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Klostermann, Frankfurt Am Main, 2005, p. 184 e ss.; **G. TURI**, *Giovanni Gentile: una biografia*, Giunti, Firenze, 1995, p. 429 e ss.

<sup>22</sup> Sicché appare condivisibile quell'approccio che vede gli aspetti più problematici della politica religiosa fascista non tanto, o non solo, nelle disposizioni unilaterali sui culti acattolici, quanto piuttosto nell'attuazione amministrativa delle medesime. Una più analitica individuazione dei punti controversi, anche in riferimento alle prospettive di riforma mai davvero percorse dal legislatore, può rinvenirsi nell'*Introduzione* di **S. FERRARI** e **G.B. VARNIER**, nel volume dai Medesimi curato, *Le minoranze religiose in Italia*, San Paolo, Cinisello Balsamo, 1997.

<sup>23</sup> Fino al punto di disconoscere gli elementi, pur significativi, che quella legislazione aveva, soprattutto se comparata al periodo storico in cui entrava in vigore e al tipo di regime giuridico istituzionale che vigeva, al tempo, in Italia. Cfr., in tali termini, **M. TEDESCHI**, *La legge sui Culti Ammessi*, in **ID**, *Studi di Diritto Ecclesiastico*, Jovene, Napoli, 2<sup>a</sup> ed., 2004, pp. 177-178: "Una [...] osservazione riguarda l'estensione e la qualificazione della l. 24 Giugno 1929, n. 1159 e del R. D. 28 Febbraio 1930, n. 289 di attuazione, sia perché a questi seguirono immediatamente il R. D. 30 Ottobre 1930, n. 1731 sulle Comunità israelitiche e il relativo decreto di attuazione (R. D. 19 Novembre 1913, n. 1561) -per cui sembrerebbe che almeno per gli israeliti la legge non dovesse avere effetto, anche se così non è- ma soprattutto perché la legge poco innovava rispetto alla legislazione liberale [...] per cui il raffronto tra la legislazione liberale, agnostica e favorevole a una parità tra i culti, e quella fascista, che riaffermava il confessionismo di Stato e ad un tempo la tutela della libertà religiosa, appare poco significativo".



Congregazione Cristiana dei Testimoni di Geova<sup>24</sup>, peraltro concettualmente ostile a qualsivoglia forma di rivolgimento politico<sup>25</sup>, e che l'art. 7 della legge in commento finiva per potere essere applicato anche al matrimonio di rito geovita, venendo contemplato almeno in quanto prassi percepibile dalla realtà sociale e dall'ordinamento giuridico del tempo. Le critiche alla struttura organizzativa dei Testimoni di Geova e alle loro rigide e, talvolta, aprioristiche prescrizioni comportamentali dovevano apparire, all'epoca, ancor più intollerabili di come vengano reinterpretate secondo i canoni odierni<sup>26</sup>. Non è un caso se, dalla fine degli anni Trenta in poi, i Testimoni di Geova subirono specifiche e frequenti limitazioni di carattere giudiziario e di polizia<sup>27</sup>. Ciò non toglie come, nell'ambito più ristretto della tutela del minore, non sia stato affatto censurato il percorso di avvicinamento alla celebrazione matrimoniale, che pure presenta legittimamente dei passaggi estremamente rigorosi, soprattutto se rapportati a soggetti non ancora compiutamente formati. Più recentemente, sarebbe, allora, appropriato concentrarsi sulle due *intese-fotocopia*, concluse con le rappresentanze istituzionali della Congregazione, mai approvate e la seconda delle quali, nel 2007, mera

---

<sup>24</sup> Se può costituire un termine di paragone interessante la stampa delle prime pubblicazioni aventi finalità di proselitismo, il periodico *La Torre di Guardia* cominciò a uscire in Piemonte nel 1903 - a conforto di tale dato, vedi **M. INTROVIGNE**, *Enciclopedia delle religioni in Italia*, sotto la direzione di e per conto di Centro Studi sulle Nuove Religioni, Elledici, Torino, 2001, p. 361.

<sup>25</sup> Perciò, ad avviso dei seguaci della Congregazione, anche la presa del potere e l'instaurazione di un nuovo regime dovevano sembrare pratiche prettamente mondane e, conseguentemente, senz'altro esecrabili. Un primo inquadramento concettuale sui presupposti teologici che costituiscono la visione dei Testimoni di Geova in **R.M. BOWMAN Jr.**, *The Jehovah's Witnesses, Jesus Christ and the Gospel of John*, Baker Pub Group, Ada, 1989.

<sup>26</sup> Il contenzioso che, nei decenni, ha riguardato la Congregazione, ha riproposto problemi noti, sia pure in forme nuove, per conflitti di tipo familiare almeno parzialmente inediti e con una certa dinamicità delle risultanze decisorie, riscontrabili nei diversi procedimenti. Un sintetico, quanto opportuno, inquadramento sul tema può rinvenirsi in **P. FLORIS**, *Appartenenza confessionale e diritti dei minori. Esperienze giudiziarie e modelli di intervento*, nei *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1/2000, pp. 191-216. La stessa **A.** aveva affrontato tematiche affini in *Libertà di coscienza, doveri dei genitori, diritti del minore*, in *Foro Italiano*, IV, 1984, cc. 361-380.

<sup>27</sup> Con alcuni casi oggettivamente paradigmatici, talora culminati nella deportazione. Vedi, in merito, la vicenda esposta in una delle più importanti pubblicazioni sull'argomento: **S. GRAFFARD, M. REYNAUD**, *The Jehovah's Witnesses and the Nazis: Persecution, Deportation and Murder (1933-1945)*, Cooper Square Press, Lanham, 2001, p. 114 e ss.



riproposizione di quella del 2000<sup>28</sup>. Quelle pattuizioni non prendevano mai in considerazione gli aspetti più problematici e, perciò, più meritevoli di “composizione” in via bilaterale, anche per ciò che concerne l’educazione dei fanciulli. Solo dando conto di questi problemi, e non di un’astratta compatibilità delle celebrazioni confessionali riguardanti soggetti minori - ivi comprese, sia chiaro, anche quella battesimale e anche quella matrimoniale - a non scritte regole di conformità rispetto al diritto civile, potrà, del resto, rileggersi adeguatamente il tipo di contenzioso, sviluppatosi a partire dalla Congregazione e dalle sue complesse regole interne. Per tale via, potrà comprendersi laddove essa sia oggetto di una disciplina punitivamente restrittiva<sup>29</sup> e laddove si ponga, invece, l’esigenza di una più trasparente collaboratività nelle pratiche mediche e nella formazione dei seguaci geoviti<sup>30</sup>.

Sia consentito di rilevare come pure l’ipotesi, legislativamente normata in via bilaterale, del matrimonio ebraico, più che riguardare specificamente il tema della tutela dei minori, si riferisca, in sostanza, ai criteri attraverso cui individuare la pienezza e la libertà del consenso<sup>31</sup>. È noto che nella celebrazione rituale ebraica la sposa non renda alcuna dichiarazione, attestante in modo espresso la propria volontà di contrarre

---

<sup>28</sup> Un più ampio resoconto sulle inessenziali modificazioni apportate e sulla vicenda nel suo complesso può, comunque sia, rinvenirsi in **D. BILOTTI**, *I ministri dei culti acattolici: incompiutezze definitorie e inderogabilità funzionali*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 301-317.

<sup>29</sup> In tal senso, soccorre *Testimoni di Geova c. Russia*, Corte EDU 10 Giugno 2010. Gli echi della pronuncia sono stati tali da determinarne una certa diffusione e conoscenza anche in Italia. Il testo integrale trovasi in <http://www.cesnur.org>. Un primo commento sulla sentenza cui ci si riferisce può rinvenirsi in **C. LAPI**, *La difficile posizione giuridica dei Testimoni di Geova in Russia di fronte alla Corte di Strasburgo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., giugno 2011.

<sup>30</sup> Tra le molte, vedi anche, attesane la natura paradigmatica, C. Cass. n. 23676 del 2008; App. Milano n. 2359 del 2011. Sulle conseguenze della pronuncia della Corte d’Appello, nell’ambito, persino più controverso, della responsabilità medica, vedi, tra gli altri, **G. BUSINARO, L. CAENAZZO, D. RODRIGUEZ**, *Consenso al trattamento sanitario. Analisi delle sentenze della Corte di Cassazione dal 1967 al 2011*, Libreria Universitaria, Padova, 2012, p. 7.

<sup>31</sup> Si ricordi, del resto, che era stato questo l’elemento fondante della disciplina proposta nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, verosimilmente addotto anche per limitare i contrasti tra le diverse posizioni politiche e confessionali in materia matrimoniale, emerse nel quadro dei primi accordi inter-governativi. Per una più articolata ricostruzione sulle divergenze, già palesatesi in sede di stesura, vedi **V. BUONOMO**, *La Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo sessant’anni dopo: tra tutela della persona, diversità culturale e crisi dell’universalità*, in G. Dalla Torre, C. Mirabelli, a cura di, *Le sfide del diritto*, cit., pp. 135-148.



matrimonio, riducendosi, al contrario, la condotta richiesta (almeno quanto alla fase strettamente celebrativa) a un mero atto di accettazione dell'anello nuziale<sup>32</sup>. È da ritenersi, in principio, superato il presunto vizio di incostituzionalità dell'art. 14 della legge n. 101 del 1989 (che eseguiva i contenuti dell'intesa tra lo Stato e l'Unione delle Comunità Ebraiche), anche perché, per la stessa tradizione inequivoca della cultura ebraica, con l'accettazione dell'anello nuziale può quantomeno profilarsi un *comportamento concludente* - sarebbe, al più, da discutersi se tale inequivoca rappresentazione indiretta del consenso possa ritenersi congrua all'ambito matrimonialistico e alla tutela dei diritti del coniuge di sesso femminile<sup>33</sup>. Persino nella sede di un ipotetico giudizio civile, vi sarebbero elementi sufficienti per dimostrare la genuinità o, piuttosto, la coartazione, del consenso indirettamente espresso, attesa anche la natura bilaterale della fonte che oggi prevede il conseguimento degli effetti civili, in capo al matrimonio ebraico, e non risultando che, tra i parametri richiesti, debba esservi, ad esempio, l'espressa dichiarazione aggiuntiva di un consenso prestato *ad hoc* dal nubente destinatario della "proposta" matrimoniale<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Cfr. **A. ALBISETTI**, *Tra diritto ecclesiastico e diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 178 e ss.

<sup>33</sup> Sulla tutela della famiglia nel diritto ebraico, anche in quanto valore che trascende e completa la valutazione giuridica e comportamentale della posizione dei coniugi, di interesse **A. M. RABELLO**, *Introduzione al diritto ebraico. Fonti, matrimonio e divorzio, bioetica*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 93-96.

<sup>34</sup> A mente l'art. 14 della l. n. 101 del 1989, sul quale vedi *supra* e *infra*, nel testo: "1. Sono riconosciuti gli effetti civili ai matrimoni celebrati in Italia secondo il rito ebraico davanti ad uno dei ministri di culto di cui all'articolo 3 che abbia la cittadinanza italiana, a condizione che l'atto relativo sia trascritto nei registri dello stato civile, previe pubblicazioni nella casa comunale. 2. Coloro che intendono celebrare il matrimonio ai sensi del comma 1 devono comunicare tale intenzione all'ufficiale di stato civile al quale richiedono le pubblicazioni.

3. L'ufficiale dello stato civile il quale abbia proceduto alle pubblicazioni accerta che nulla si opponga alla celebrazione del matrimonio secondo le vigenti norme di legge e ne dà attestazione in un nulla osta che rilascia in duplice originale ai nubendi.

4. Subito dopo la celebrazione il ministro di culto spiega ai coniugi gli effetti civili del matrimonio dando lettura degli articoli del codice civile riguardanti i diritti e i doveri dei coniugi. I coniugi potranno altresì rendere le dichiarazioni che la legge consente siano rese nell'atto di matrimonio. 5. Il ministro di culto davanti al quale ha luogo la celebrazione nuziale allega il nulla osta, rilasciato dall'ufficiale di stato civile, all'atto di matrimonio che egli redige in duplice originale subito dopo la celebrazione. Dall'atto di matrimonio oltre le indicazioni richieste dalla legge civile devono risultare:

a) il nome ed il cognome del ministro di culto dinanzi al quale è stato celebrato il matrimonio;  
b) la menzione dell'avvenuta lettura degli articoli del codice civile riguardanti i diritti e i doveri dei coniugi; c) le dichiarazioni di cui al comma 4 eventualmente rese dai coniugi.

6. Entro cinque giorni da quello della celebrazione, il ministro di culto trasmette per la trascrizione un originale dell'atto di matrimonio insieme al nulla osta all'ufficiale di stato civile



Le prescrizioni ebraiche, per altro verso, pur presentando dei profili che oggettivamente motivano l'interesse e la critica da parte del giurista secolare, sono state tradizionalmente accolte, in assenza di significativi problemi interpretativi. Si pensi, in proposito, alla circoncisione rituale<sup>35</sup>: tale pratica veniva, e viene, sostanzialmente tollerata, non solo perché paiano tendenzialmente limitate e/o limitatibili le vere ipotesi di incidenza permanente sulla salute del soggetto che la riceva, ma anche perché detta pratica è una manifestazione della religiosità ebraica con la quale, più o meno silenziosamente, si è convissuto pacificamente (pur essa riguardando, evidentemente, soggetti minori). Le problematiche di una disciplina rituale siffatta sono, al più, ritornate nel dibattito corrente, in reazione ai casi di mutilazione genitale femminile nella pratica musulmana<sup>36</sup>. La circoncisione ebraica è stata, da allora, sempre più spesso adottata da termine di paragone: chi immaginava un regime punitivo a carico degli autori della mutilazione genitale femminile<sup>37</sup>, alternativamente o riteneva di dovere bandire o concorrere fortemente a limitare entrambe le ipotesi o, nella maggior parte dei casi, non valutava potenzialmente lesiva la circoncisione ebraica, mentre si mostrava in

---

*del comune dove è avvenuta la celebrazione.*

7. *L'ufficiale dello stato civile, constatata la regolarità dell'atto e l'autenticità del nulla osta allegato, effettua la trascrizione nei registri dello stato civile entro le ventiquattro ore successive al ricevimento e ne dà notizia al ministro di culto.*

8. *Il matrimonio ha effetti civili dal momento della celebrazione, anche se l'ufficiale dello stato civile che ha ricevuto l'atto abbia ommesso di effettuarne la trascrizione nel termine prescritto.*

9. *Resta ferma la facoltà di celebrare e sciogliere matrimoni religiosi, senza alcun effetto o rilevanza civile, secondo la legge e la tradizione ebraiche".*

<sup>35</sup> Sul cui problematico recepimento giuridico-culturale, presso gli ordinamenti civili, anche in rapporto ai fenomeni consimili nel diritto islamico, paiono cogliere nel segno gli interrogativi posti in **M.C. NUSSBAUM**, *La nuova intolleranza. Superare la paura dell'Islam e vivere in una società più libera*, trad. it. il Saggiatore, Milano, 2012, p. 63 e ss.

<sup>36</sup> Nel quadro di un approccio istituzionale che persisterebbe, nel guardare alla realtà islamica, con misure tendenzialmente emergenziali o, comunque sia, poco coordinate. Un più ampio inquadramento prospettico trovasi in **S. FERRARI**, *Libertà religiosa e sicurezza nazionale in Europa dopo l'11 Settembre*, nei *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2005, pp. 161-184.

<sup>37</sup> Appare ricostruire in modo dettagliato i presupposti, invero non sempre condivisibili, di tale ostilità **M.L. SINISCALCO**, *Islam europeo: sociologia di un incontro*, Franco Angeli, Milano 2012, p. 114 e ss.; ancor prima, e forse riuscendo ad intuire l'incerta risposta che sarebbe giunta nel tentativo di contrastare il fenomeno, **D. SCOLART**, *Le mutilazioni genitali e la sharia*, in A. Morrone, P. Vulpiani, a cura di, *Corpi e simboli. Immigrazione, sessualità e mutilazioni genitali femminili in Europa*, Armando, Roma, 2004, p. 103 e ss.



evidente disaccordo con le prescrizioni islamiche<sup>38</sup>. Chi avesse ritenuto, al contrario, sostanzialmente proponibili entrambi gli *usi* confessionali, a patto che venissero adeguatamente posti in essere senza danno alle funzioni procreative e in assenza di modalità deteriori e coattive, argomentava dicendo che l'accettazione dell'uno dovesse implicare conseguentemente la praticabilità dell'altro. Per l'impostazione che, qui, si seguirà, v'è dovere di precisare che le due ipotesi non sono sovrapponibili, quanto agli effetti eventualmente lesivi sulla persona<sup>39</sup>. Ciononostante, avere concepito dei regimi giuridici sempre e comunque punitivi, nei confronti della pratica islamica, non è parsa affatto la soluzione più adeguata per prevenirne gli abusi e/o per incentivare una più consapevole collaborazione con l'autorità statale, pure da parte delle organizzazioni islamiche<sup>40</sup>. È improbabile che l'unilateralismo si riveli autosufficiente nel prevenire che minori inconsapevoli siano sottoposte all'infibulazione<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Di interesse, per provare a comprendere come sia stato spesso l'Islam a finire sotto accusa, pur non essendo, in realtà, l'unico sistema valoriale che prescrive una particolare disciplina di obblighi nei confronti del corpo, **F. BOTTI**, *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, Bononia University Press, Bologna, 2009, *passim*.

<sup>39</sup> Al punto che, tra le ipotesi di maggiore problematicità, viene sostanzialmente presentata la sola mutilazione rituale femminile, pur distinguendone le non *intercambiabili* tipologie, in concreto verificabili. Cfr., in termini diffusamente critici rispetto a letture meno articolate, **E. CESQUI**, *Le mutilazioni genitali femminili e la legge*, in *Questione giustizia*, n. 4/2005, p. 749; in misura non occasionalmente difforme, **A. NATALINI**, *Mai più ferite tribali al corpo delle donne*, in *Diritto e Giustizia*, n. 5/2006, p. 101.

<sup>40</sup> Anche se le forme di questa cooperazione (al momento emergente soprattutto a livello locale, essendo, mano a mano, più incerta, per non dire assente, la corrispondente determinazione sul piano politico nazionale) non paiono ancora prefigurare la conclusione di un'intesa approvata in legge. Vedi, al riguardo, **D. BILOTTI**, *I ministri dei culti acattolici*, cit., pp. 283-301.

<sup>41</sup> Risulta convincente quella dottrina che, per altro verso, ha saputo stigmatizzare l'introduzione di una rinnovata fattispecie delittuosa, soprattutto allorché la *traduzione* redazionale e legislativa sia stata, nei fatti, particolarmente deficitaria. Cfr., tra gli altri, **F. BASILE**, *Commento all'art. 583-bis*, in E. Dolcini, G. Marinucci, a cura di, *Codice Penale Commentato*, Ipsoa, Milano, 2011, p. 5328 e ss.; dello stesso **A.**, alla prova della prima applicazione giurisprudenziale di una norma che, del resto, non necessariamente si realizzerà disgiuntamente da altre ipotesi di reato (come lo stesso art. 574), **F. BASILE**, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p.*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., luglio 2013. Una rilettura sostanziale delle condotte incriminate, tenuto fermo il contesto rituale, oltre alle inevitabili conseguenze sulla disponibilità/indisponibilità del proprio corpo, può rinvenirsi anche in **G. FORNASARI**, *Mutilazioni genitali e pratiche rituali nel diritto penale*, in **S. CANESTRARI**, **G. FERRANDO**, **C.M. MAZZONI**, **S. RODOTÀ**, *Il governo del corpo*, in *Trattato di*



Chiarito come spesso le problematiche sulla compatibilità di una prescrizione confessionale emergano soltanto in base alla contingenza, anche qualora si tratti di pratiche da tempo conosciute e tollerate, l'art. 14 della ricordata legge n. 101 del 1989 prevede, inoltre, la facoltà di celebrare e sciogliere matrimoni senza efficacia civile. Ciò vorrebbe significare che possono essere celebrati dei matrimoni, a seguito dei quali non è detto che vi sia il riconoscimento di effetti civili, involventi lo stato delle persone. Viene ammesso lo scioglimento, in ragione del quale saranno da ritenersi non sottoposti ad alcun vincolo i due soggetti che avevano precedentemente contratto matrimonio esclusivamente religioso e, all'opposto, da considerarsi ancora qualificabili come coniugi, per gli effetti civili, nel caso dell'intervenuta trascrizione tra la celebrazione e, appunto, lo scioglimento, disposto secondo il diritto confessionale. In questo senso, la specifica disposizione legislativa potrebbe apparire un pleonaso: in un ordinamento, quale quello italiano, che non dedica una specifica disciplina organica al cd. *matrimonio puramente religioso*, è inevitabile che lo scioglimento e la celebrazione, in assenza di effetti civili e al di fuori di ipotesi di violazione del buoncostume, possano essere ammessi<sup>42</sup>.

Proprio sulla base dell'art. 14, però, può ricordarsi come un'isolata sentenza<sup>43</sup>, non banale dal punto di vista motivazionale, abbia ricondotto nell'alveo del divorzio ottenuto all'estero - e, perciò, nei medesimi margini applicativi della l. n. 898 del 1970 - il divorzio ottenuto dal tribunale rabbinico di Roma, da parte di un cittadino straniero coniugato con una cittadina italiana<sup>44</sup>. Il caso in commento, pur non segnalandosi per una diretta applicabilità nell'ambito della tutela del minore, è, comunque sia, di interesse, per comprendere come le disposizioni bilaterali diano modo, se lealmente negoziate e, dopo, correttamente interpretate<sup>45</sup>, di arricchire,

---

*Biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 715 e ss.

<sup>42</sup> Tale appare essere la conclusione, se si individua, quale premessa generale, quanto a proprio tempo affermato in **S. DOMIANELLO**, *Ordine pubblico, giurisprudenza per principi e delibazione matrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 161-162, circa i rapporti tra l'accezione di ordine pubblico, preferibile nell'ambito giurisdizionale, e il riconoscimento costituzionale dell'autonomia confessionale.

<sup>43</sup> Trib. Milano 5 Ottobre 1991.

<sup>44</sup> Ulteriori elementi sulla ricordata pronuncia in **B. NASCIMBENE**, *Divorzio e diritto internazionale privato*, in G. Bonilini, F. Tommaso, a cura di, *Lo scioglimento del matrimonio. Art. 149 e l. 1° Dicembre 1970, n. 898*, Giuffrè, Milano, 3<sup>a</sup> ed., 2010, p. 220.

<sup>45</sup> Per un'analisi di carattere generale sulla negoziazione bilaterale, nonché sugli effetti di una sua specifica interpretazione, in luogo di un'altra, vedi recentemente, tra gli altri, **F. ALICINO**, *La legislazione sulla base di intese. I test delle religioni "altre" e degli ateismi*,



in concreto, gli strumenti offerti alle parti nell'attuazione del proprio diritto di libertà religiosa. A prescindere da ulteriori valutazioni anagrafiche sull'età del contraente.

### 3 - Due ipotesi dibattute alla prova dell'applicazione pratica: la tutela penale e i patti tra i coniugi nel procedimento di separazione

Attesa la relativa disorganicità (più che l'inadeguatezza, che non pare del tutto sostenibile) delle disposizioni con cui ci si è, sin qui, misurati, bisognerà fare riferimento, in modo più rispondente alle concrete esigenze manifestatesi nel contesto sociale, alle ipotesi in cui la condizione giuridica del minore possa essere pregiudicata dal venire a contatto di obblighi civili e prescrizioni confessionali, al di là del fatto che il minore sia preventivamente qualificabile come soggetto in grado di contrarre matrimonio, o meno.

È ora pacificamente affermato in giurisprudenza che non solo la scelta religiosa del coniuge (*ex ante*, prima dell'instaurazione del vincolo matrimoniale), ma anche il mutamento di credo e di opinioni in materia religiosa (*ex post*, quando, cioè, si sia nella fase del rapporto dei coniugi successiva alla celebrazione matrimoniale), non possano considerarsi ragione di addebito della separazione - in tal senso, la questione è stata impostata, secondo le argomentazioni ora prevalenti, già a partire dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 1401 del 1995<sup>46</sup>.

La giurisprudenza ha ulteriormente ampliato il sentiero, già chiaramente tracciato nella seconda metà degli anni novanta, statuendo l'irrilevanza di tali mutamenti, nella sfera delle convinzioni personali di uno dei coniugi, anche ove ciò cagioni un'alterazione dell'armonia coniugale<sup>47</sup>. Ad avviso di una successiva pronuncia, non più isolata<sup>48</sup>,

---

Cacucci, Bari, 2013, *passim*.

<sup>46</sup> Che la riferita pronuncia potesse, poi, costituire un precedente di riferimento, per una più o meno ampia giurisprudenza conforme, era, del resto, intuito in **M. DOGLIOTTI**, *Educazione religiosa e criteri di affidamento dei figli nella separazione*, in *Famiglia e Diritto*, 1995, pp. 356-357.

<sup>47</sup> Di una visione dei rapporti tra i coniugi che non valga a privilegiare la sfera di questi ultimi, nei confronti tanto del percorso educativo del minore, quanto della collaborazione delle diverse agenzie formative (in special modo, se di tipo scolastico), dà conto **G. GIACOBBE**, *Libertà della scuola, libertà nella scuola, progetto educativo della famiglia*, in G. Dalla Torre, C. Mirabelli, a cura di, *Le sfide del diritto*, cit., pp. 359-366.

<sup>48</sup> Cfr. C. Cass. n. 15241 del 2004. In proposito, vedasi, tra gli altri, **G. RIVETTI**, *Islam-Occidente. Nuove identità religiose*, in *Religione, cultura, diritto tra globale e locale*, a cura di G.



infatti, se le alterazioni si esauriscono ad un cambiamento di abitudini, nel contesto delle relazioni familiari, a maggior ragione quando questo non valga a determinare conseguenze pregiudizievoli nei confronti della prole, e non sia implicato uno squilibrio permanente nella comunità familiare, le modifiche intervenute non possono ritenersi da sanzionare. L'unico limite, ad oggi enucleato da una giurisprudenza che sembra potere essere validata, è quello di evitare che i cambiamenti, determinatisi nella famiglia a causa del mutamento di convinzioni religiose di uno dei coniugi, ledano la doverosa compatibilità tra la personale condotta di vita del soggetto e il complesso dei diritti e dei doveri scaturenti dagli artt. 143, 144 e 147 del codice civile<sup>49</sup>. Si noterà, in proposito, come la disciplina codicistica involga, ancorché non esclusivamente, in modo assai incisivo, la condizione della prole, in special modo ove le summenzionate norme civili siano rilette alla luce dell'art. 29 della Costituzione.

Nondimeno, la disposizione costituzionale, almeno per quanto riguarda la parte relativa alla disciplina familiare, può agevolmente concordare con i margini di tutela individuati dal terzo paragrafo dell'art. 16 della Dichiarazione Universale<sup>50</sup> - salvo riconoscere che, nella prospettiva solidaristica del Costituente, non è fatta espressa menzione della dimensione personalissima del consenso, come architrave della libertà matrimoniale. Del resto, ciò non appare un limite nella redazione della norma costituzionale: l'interpretazione sistematica del disposto costituzionale, in tutta evidenza, varrebbe comunque ad escludere ogni ipotesi di imposizione altrui nella scelta del coniuge, nonché nella forzosa celebrazione di matrimoni a danno di soggetti non ancora muniti dell'adeguata maturità psico-fisica<sup>51</sup>. L'indisponibilità della libertà del

---

Rivetti, P. Picozza, Giuffrè, Milano, 2007 (in particolar modo, pp. 85-86).

<sup>49</sup> Una radicata rilettura "solidaristica" delle disposizioni in commento trovano in **P. PERLINGIERI, F. PROSPERI**, *Famiglia e rapporti parentali – nozioni generali* e in **P. PERLINGIERI, L. ROSSI CARLEO**, *Matrimonio*, in P. Perlingieri, a cura di, *Manuale di Diritto Privato*, ESI, Napoli, 5<sup>a</sup> ed., 2005, pp. 797-804; 804-812.

<sup>50</sup> Fornendo, comunque sia, un'interpretazione evolutiva, in parte diversa, da quella qui proposta, vedi **L. CONTE**, "Impara una quantità di cose dai dotti": la vicenda del matrimonio omosessuale davanti alla Corte costituzionale e nello "specchio" della dottrina, in M. Cavino, C. Tripodina, a cura di, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 119 e ss.; approccio ancora differente, invece, quello suggerito in **M. MONTALTI**, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bononia University Press, Bologna, 2007, *passim*.

<sup>51</sup> Per quanto il parametro dell'adeguata maturità psico-fisica non possa che apparire labile e da dovere ricostruire caso per caso, esso è, comunque sia, frequentemente utilizzato anche nella rilettura di un contenzioso di natura non esclusivamente



consenso ne esce, finanche ellitticamente, rafforzata. Ancor più, pare che la Costituzione, ai successivi artt. 30 e 31, metta maggiormente in risalto i compiti dello Stato nella promozione e nella tutela dell'unità familiare, sottolineando, altresì, la compartecipazione al processo educativo della prole (elementi, invece, comprensibilmente affrontati in modo non esaustivo dalla Dichiarazione).

Accanto alla suesposta sistematica, sembrano farsi largo dei fenomeni nuovi, che, in qualche modo, rimandano alla modificata percezione sociale delle relazioni familiari, nonché alla crescente presenza, sul territorio dello Stato, di comunità ormai stanziali che adottano, come proprio paradigma socio-giuridico del diritto di famiglia<sup>52</sup>, moduli e codici comportamentali apprezzabilmente diversi dalla tradizionale disciplina civilistica<sup>53</sup>. Come si vedrà, in alcuni casi la *reazione* dei pubblici poteri è consistita in un *sintomatico* aumento della produzione legislativa, che ha complicato, anziché migliorare, le condizioni di leggibilità e tutelabilità degli usi familiari, diversi da quelli accolti secondo i consueti parametri del diritto privato nazionale. In altri frangenti, simile *reazione* è stata principalmente affidata alla giurisprudenza, che ha dovuto approntare interpretazioni evolutive di norme verosimilmente non più adeguate, pur magari preventivamente novellate dal legislatore, o decidere in assenza di qualsivoglia disposizione legislativa espressa.

Ben si comprende come, in tale contesto, appaia di particolare interesse la dimensione penalistica della tutela apprestata. Se la norma incriminatrice vale, infatti, a sanzionare condotte che aggrediscono beni giuridici, ritenuti peculiarmente meritevoli di protezione, tra essi specifico rilievo dovrà senz'altro avere l'integrità della persona. Soprattutto ove

---

ecclesiasticistica e solo indirettamente implicante l'ambito del diritto di famiglia. Tra i numerosi esempi a sostegno di detta osservazione, cfr. **L. MUSSELLI**, *Televisione e minori: tutela pubblicitaria*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 33 e ss.; **A. ANCESCHI**, *La tutela penale dei minori*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 327 e ss.; **V. FALCONE**, *L'immagine del minore e la sua tutela*, in *Diritto & Diritti*, maggio 2008.

<sup>52</sup> In particolar modo, nel caso delle comunità etnico-religiose, talvolta pregiudizialmente associate ad ipotesi violative dei criteri ispiratori della materia minorile. Vedi, tra i molti esempi richiamabili in merito, R. Cherchi, G. Loy, a cura di, *Rom e sinti in Italia. Tra stereotipi e diritti negati*, Ediesse, Roma, 2009; **G. GIRAUDDO**, *Per un catalogo delle minoranze nell'Europa orientale*, in P. Cermel, a cura di, *Le minoranze etnico-linguistiche in Europa tra stato nazionale e cittadinanza democratica*, Wolters Kluwer, Milano, 2009, p. 3 e ss.; **A. GNISCI**, *Creolizzare l'Europa? Letteratura e migrazione*, Meltemi, Roma, 2003, p. 164 e ss.; **M. d'ARIENZO**, *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, I, 2004, p. 189 e ss.

<sup>53</sup> Cfr. **M. RICCA**, *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2013 (in special modo, pp. 94-173).



quest'ultima risulti lesa o, talvolta, minacciata da comportamenti posti in essere da soggetti che avrebbero, al contrario, l'obbligo, costituzionalmente sancito, di garantirla<sup>54</sup>.

A questo titolo, potrebbe essere di interesse osservare più da vicino le applicazioni giurisprudenziali che hanno riguardato l'art. 572 del codice penale sostanziale (*maltrattamenti contro familiari e conviventi* - la norma in esame, nonostante gli opinabili interventi di novella legislativa del 2012 e del 2013<sup>55</sup>, conserva, principalmente in sede decisoria, più marcati profili edittali per il fatto commesso avverso il minore *infra-quattordicenne*).

Tra i punti che meritano di essere, pur brevemente, considerati, v'è innanzitutto la mancata esclusione dell'elemento soggettivo del reato, anche allorché la condotta che lo aveva integrato sia ammessa da pratiche religiose, nel quadro di una più autoritativa e prevaricatrice figura maschile<sup>56</sup>. La perplessità, piuttosto, riguarderebbe una previa valutazione sull'eventuale matrice confessionale della condotta posta in essere dall'agente. Un conto, infatti, è che un certo sistema comportamentale accetti una più spiccata capacità di intervento da parte del coniuge maschile, in sede di correzione della prole o di gestione e mantenimento degli affari familiari, un conto è ritenere che questo semplice presupposto legittimi, nella prospettiva confessionale censurata, degli atti di violenza o di maltrattamento. Sembra, al contrario, potersi notare come l'orientamento religioso, indicizzato nel caso in esame, non esprima alcuna adesione a fenomeni di violenza domestica, né che vi fornisca un sostrato

---

<sup>54</sup> Anche in tal caso, appare copiosa la letteratura di riferimento. Cfr., tra gli altri, per una visione antecedente alle pronunce giurisprudenziali richiamate, *supra* e *infra*, nel testo, **E. BASSOLI**, *La potestà dei genitori nei comportamenti eccedenti. Analisi giurisprudenziale degli illeciti civili e penali*, Halley, Macerata, 2007; per una rilettura sufficientemente ampia del rapporto tra i diritti e i doveri scaturenti dallo statuto giuridico della genitorialità, in ordine ad alcune recenti controversie in materia di *responsabilità educativa*, R. Rossano, a cura di, *La potestà genitoriale tra funzioni e limiti*, Pubblicazioni Italiane, Taranto, 2011.

<sup>55</sup> Iniziati, pur opportunamente, attraverso la nota l. n. 172 del 2012 (ratifica della cd. *Convenzione di Lanzarote*, relativa alla protezione dei minori dall'abuso e dallo sfruttamento sessuale), proseguiti col D. L. *omnibus* n. 93 del 2013 (*Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province*, in G. U., n. 191, 16 agosto 2013) e (ad oggi) conclusi dalla legge di conversione (l. n. 119 del 2013, in G. U., n. 242, 15 ottobre 2013), nel segno di una certa improvvisazione nella successione delle fonti.

<sup>56</sup> Cfr. C. Cass. n. 64 del 2010. Con utili approfondimenti, relativi alla fattispecie e alla provenienza etnica e religiosa dei soggetti coinvolti, vedi **L. PEDULLÀ**, *Principi fondamentali e reati culturali: il criterio d'imparzialità versus le soggettive convinzioni religiose*, in <http://www.forumcostituzionale.it>.



giustificativo ideologico e teologico<sup>57</sup>. È, semmai, l'uso che se ne determina, in contesti dati, a far ritenere che la lesione compiuta possa fondarsi sul ricorso ad argomentazioni religiose tradizionalistiche. Rispetto alla pronuncia della giurisprudenza generale di legittimità, poc'anzi ricordata, poteva apparire argomentativamente più completa la sentenza della Corte di Cassazione n. 19450 del 2007<sup>58</sup>: essa, non escludendo la configurabilità del reato di cui all'art. 572, nel caso di reiterata tolleranza da parte dell'altro coniuge, pare concluderne che ogni giustificazione pretestuosamente addotta, a sostegno di un comportamento violento, debba essere rigettata. Né se il comportamento violento pretendesse di essere giustificato sulla base di una motivazione religiosa, né se il coniuge di sesso femminile avesse, pur tacitamente, dimostrato di acconsentire a rappresentazioni così autoritaristiche dei rapporti coniugali.

Interessante, inoltre, che la giurisprudenza abbia ricondotto nell'alveo applicativo dell'art. 572 le percosse, inflitte dal padre alla prole, per non avere ripetuto esattamente i versi del Corano. È possibile ribadire che le percosse, in caso di apprendimento incompleto o, finanche, indolente, non sembrano prestarsi a una rilettura giustificativa di tipo teologico. Al contrario, è stato ritenuto integrasse gli estremi dell'art. 574 (*sottrazione di persone incapaci*) la condotta del genitore che aveva imposto al minore di permanere nel Paese d'origine, affinché gli fossero impartite un'educazione e una formazione meglio aderenti ai propri precetti religiosi<sup>59</sup>. Tale pronuncia meriterebbe, però, almeno due specificazioni, l'una maggiormente restrittiva rispetto alla valutazione resa dalla Corte di Cassazione, l'altra, almeno apparentemente, più improntata a un certo *favor rei*, nel caso di ipotesi simili. Nel primo senso, la decisione del genitore è da considerarsi "unilaterale", sotto un duplice profilo: l'essersi realizzata indipendentemente dalla (e, per non dire, contro la) valutazione degli altri congiunti del minore<sup>60</sup>; l'esser maturata senza nemmeno

---

<sup>57</sup> Al riguardo, di assoluto interesse le riflessioni svolte in **K. FOUAD ALLAM**, *L'Islam contemporaneo*, in G. Filoramo, a cura di, *Islam*, Laterza, Roma-Bari, 3<sup>a</sup> ed., 2012, pp. 267-289.

<sup>58</sup> In *Foro Italiano*, I, 2007, c. 3388.

<sup>59</sup> Cfr. . C. Cass. n. 14102 del 2007. Vedi **A. SPENA**, *Reati contro la famiglia*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 383 e ss.

<sup>60</sup> Anche perché è irrealistico pensare che, in concreto, la funzione educativa nei confronti del minore sia esplicata da un unico soggetto e non, più attendibilmente, da un contesto complessivo di relazioni familiari. Ciò, ancor più, in situazioni in cui la dimensione della famiglia appare fortemente condizionata dall'evenienza di nuovi *usi* sociali, in verità non riguardanti soltanto i fenomeni migratori (dove le problematiche



coinvolgere l'interessato. Quest'ultimo, ancorché incapace, avrebbe potuto esser più incisivamente consultato, provando a presentargli in modo sufficientemente accessibile le conseguenze (si ammetta: anche positive) di un sistema educativo impartito nella propria terra d'origine<sup>61</sup>. Andrà, invece, riscontrata in concreto, e non assecondando fenomeni di *diffidenza sociale*, a volte distanti da una corretta enucleazione degli strumenti di tutela a beneficio della condizione minorile, l'operatività della *sottrazione* di cui all'art. 574<sup>62</sup>. Essa non pare possa ritenersi realizzata, ad esempio, nei casi di momentaneo allontanamento, in special modo dove l'altro genitore o gli altri componenti della famiglia ne siano stati preventivamente edotti, magari fornendo, almeno in via di principio, il proprio consenso.

I punti individuati in diritto dalla Cassazione italiana, anche quando le pronunce di merito non abbiano riguardato dei coniugi minori di età, ma solo la minore età della prole, che ha subito le condotte puntualmente stigmatizzate dalla giurisprudenza di legittimità, sono da potersi applicare anche per quanto riguarda le ipotesi di nubenti *infra-diciottenni*. Ciò è ancor più probabile, a dar conto di un approccio meramente casistico al tema, quando ad essere minore d'età sia solo il coniuge di sesso femminile<sup>63</sup>. In conclusione, può affermarsi che, tra i molti capi d'analisi che meriterebbero un approfondimento specificamente correlato alla trattazione in oggetto, bisognerebbe ricordare almeno i casi

---

insisterebbero, invece, nella *disgregazione* geografica della tradizionale unità familiare). Pare assecondare il duplice rilievo **S. VERONESI**, *Le "nuove famiglie" e la posizione del genitore "sociale" rispetto ai figli del coniuge o del nuovo partner*, in G. O. Cesareo, P. Lovati, G. Mastrangelo, a cura di, *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'Estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico ed interesse del minore*, Franco Angeli, Milano, 2014, p. 49 e ss.

<sup>61</sup> Soprattutto ove tale considerazione sia riferita alla cultura islamica, per come nota efficacemente **C. GIUDICI**, *L'Italia di Allah. Storie di musulmani fra autoesclusione e desiderio di integrazione*, Mondadori, Milano, 2005, p. 89 e ss.

<sup>62</sup> In argomento, possono leggersi alcune osservazioni di carattere generale in **A. ANCeschi**, *Rapporti tra genitori e figli. Profili di responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2<sup>a</sup> ed., 2014, p. 231 e ss.

<sup>63</sup> Anche se la scarsa riscontrabilità empirica del fenomeno non è priva di significato per le stesse ricerche del giurista, dovendosi accogliere il rilievo critico prospettato in **R. T. DI ROSA**, *La prossimità alla prova delle migrazioni: forme e definizioni della violenza nell'esperienza di donne migranti*, in I. Bartholini, a cura di, *Violenza di prossimità. La vittima, il carnefice, lo spettatore, il "grande occhio"*, Franco Angeli, Milano, 2013, p. 151: "In Italia non esiste nessuna rilevazione statistica in grado di determinare la diffusione dei matrimoni forzati. Infatti non esistono dati disaggregati per genere e per nazionalità circa il numero di procedimenti giudiziali per l'annullamento del matrimonio, o circa il numero di ricongiungimenti familiari cui sia seguita la separazione o il divorzio dei coniugi".



in cui la tutela della prole abbia riguardato lo statuto giuridico applicabile al coniuge affidatario<sup>64</sup>. Può auspicabilmente dirsi superata quella giurisprudenza di merito (risalente, ma con echi fino ai giorni nostri) che riteneva la professione religiosa rilevante ai fini della determinazione dell'affido. Ed è, in parte, d'aiuto in tale percorso il "nuovo" testo dell'art. 155 del codice civile<sup>65</sup>, a meno che non lo si voglia interpretare esclusivamente come una petizione di principio nei confronti dell'affido condiviso: il che sarebbe un errore di non poco momento, soprattutto quando l'opzione "condivisa" risulti evidentemente la preferibile nell'interesse del minore. Oggi appare consolidato l'approccio più prudente, che cerca di munire di contenuti concreti una disciplina e una prassi razionale dell'affido, ritenendo la professione religiosa dei coniugi indifferente e, comunque sia, da escludersi dal novero degli elementi addotti per valutare la capacità di cura degli interessi della prole. L'unico limite, in tal senso, dovrebbe continuare a considerarsi l'insieme delle condotte poste in essere, per effetto dell'adesione religiosa del genitore: se ciò si rivelasse in danno alla libera formazione del minore o rappresentasse un ostacolo dirimente al pacifico svolgimento dell'affido, tornerebbe oggetto di censure non tanto l'appartenenza religiosa in sé, quanto, e meglio, il comportamento posto in essere, sotto lo schermo esplicativo della nuova scelta, intrapresa in materia religiosa.

In ultimo, preme segnalare che, in un ordinamento quale quello italiano, costretto a fare i conti con un contenzioso difficilmente gestibile e da limitare anche attraverso strumenti potenzialmente conciliativi<sup>66</sup>, un

---

<sup>64</sup> Tema sul quale le problematiche paiono di portata ancor più cospicua, secondo che si guardi ad esso nella prospettiva del minore (specialmente, ove originario di uno Stato *extra-europeo*) o nell'ottica delle responsabilità morali, oltre che giuridiche, talvolta direttamente gravanti sui coniugi. Cfr., tra i molti: per un'accurata analisi delle disposizioni normative di riferimento, **R. RUSSO, M. STURIALE**, *L'affidamento dei minori nella prospettiva europea*, Giuffrè, Milano, 2013; in una prospettiva prudentemente *multiculturale*, A. Giansanti, E. Rossi, a cura di, *Affido forte e adozione mite: culture in trasformazione*, Franco Angeli, Milano, 2007.

<sup>65</sup> L'intera materia segnala, a seguito del d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 (*Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 Dicembre 2012, n. 219*, in *G. U.*, n. 5, 8 gennaio 2014), innovazioni di rilievo; prime osservazioni sulle novità introdotte in **M. RINALDI**, *La nuova filiazione e la convivenza nella famiglia di fatto*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 40 e ss.; **A. FIGONE**, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 163 e ss.

<sup>66</sup> L'approccio che pare dover connotare istituti giuridici simili è correttamente individuato in **P. LUISO**, *Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie tra prassi ed interventi del legislatore*, in *Quarto rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, e-book a cura di ISDACI, Unioncamere, Camera di Commercio di Milano, Camera



maggior spazio potrebbero finire per avere i patti tra i coniugi, in sede di separazione, anche in ragione dell'educazione religiosa della prole. Il fatto che i precedenti più interessanti siano sostanzialmente risalenti denota, tuttavia, una limitata incidenza casistica della fattispecie, giustificabile per due ragioni (entrambe non sempre condivisibili)<sup>67</sup>. Innanzitutto, il patto è tendenzialmente concepito per ridurre la conflittualità<sup>68</sup>, perciò le parti addivengono a concluderlo per limitare e cercare di escludere i margini di un rinnovato intervento giudiziario e non già per rischiare di duplicare, nell'eventuale procedimento giurisdizionale al riguardo, le stesse doglianze già sperimentate nel corso del procedimento di separazione vero e proprio. Esso è non occasionalmente foriero di diatribe particolarmente divisive, anche nei confronti dei figli, come certifica criticamente una oramai nutrita letteratura di psicologia forense<sup>69</sup>. In

---

arbitrale di Milano, disponibile in <http://www.camera-arbitrale.it>: "è peraltro noto che un buon funzionamento dello strumento giurisdizionale costituisce il presupposto necessario di una buona mediazione e non viceversa. Infatti, un processo giurisdizionale che funziona male non soltanto incentiva ad un accordo al ribasso da parte di chi, a causa di ciò, deve rinunciare alla tutela dei propri diritti; ma anche e soprattutto disincentiva l'accordo da parte di colui al quale è richiesto di effettuare una prestazione, e sa di poter contare sui tempi lunghi del processo giurisdizionale". Aspetti più direttamente involventi la materia *de qua*, ancorché a commento di una normativa ulteriormente in corso di ridefinizione, in **R. TISCINI**, *La mediazione civile e commerciale. Composizione della lite e processo nel d. lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 117 e ss.

<sup>67</sup> La ridotta incidenza casistica della fattispecie ipotizzata è riferita in **N. MARCHEI**, *La famiglia*, in *Nozioni di Diritto Ecclesiastico*, a cura di G. Casascelli, 4<sup>a</sup> ed., Giappichelli, Torino, 2012, p. 239.

<sup>68</sup> La dottrina rileva, in modo sostanzialmente unanime, come tale intento non sempre, poi, venga perseguito, alla luce delle diverse controversie, nella pratica. Per profili specifici di queste, possibili, conflittualità, vedi **F. DI MARZIO**, *La nullità del contratto*, CEDAM, Padova, 2008, p. 415 e ss.; su aspetti patrimoniali che pure potrebbero avere ricadute sulla condizione della prole, cfr., tra gli altri, **A. GORGONI**, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 155 e ss.; per una valutazione che possa proporsi anche in termini *de iure condendo* vedi **F. BOCCHINI**, *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 136 e ss.

<sup>69</sup> Nonostante la materia segnalasse, in un primo tempo, una spiccata preferenza per gli strumenti criminologici e, ancor più, di logica giuridica (cfr. **A. XIBILIA**, **S. DI NUOVO**, *Il diritto e la mente. Elementi di psicologia giuridico-forense*, Euno, Leonforte, 2012; per un approccio teorico, vedi anche **G. DE LEO**, **P. PATRIZI**, *Psicologia giuridica*, il Mulino, Bologna, 2002), con più diffusi riferimenti alle questioni procedurali testimoniali e peritali (vedi **F. ROVETTO**, **S. LA MARCA**, *Psicologia forense. La pratica dell'intervento psicologico in ambito giudiziario*, Print Service, Pavia, 2012), è ora acquisizione comune il particolare approccio che dovrà riguardare il minore, in qualunque dimensione del diritto processuale (non soltanto, perciò, in quanto vittima di un reato o figlio di due coniugi in corso di separazione), al punto che persino avveduta giurisprudenza ha modo



secondo luogo, i patti tra i coniugi, proprio per attuarne in concreto la natura ontologicamente estranea alla *res litigiosa* vera e propria, non possono recare un'esaustiva regolamentazione puntuale di ciascun aspetto, anche rilevante, finisca per riguardare i rapporti tra le due parti. Anzi, pattuizioni esageratamente dettagliate, se da un lato consentirebbero di puntualizzare numerosi aspetti che, così, non dovrebbero essere determinati o rideterminati *ex post*, potrebbero persino rallentare il percorso di equanime separazione, implementando i punti controversi in sede di applicazione del patto.

La giurisprudenza di merito ha talvolta manifestato una aprioristica contrarietà alla stipulazione di tali patti in materia di educazione religiosa della prole: ciò sarebbe spiegabile, anche perché varrebbe ad integrare una possibile limitazione rispetto al libero percorso individuale, che dovrebbe poter prescindere da influenze altrui. Ciononostante, non si ritiene da rigettare l'opposto orientamento, prudentemente favorevole<sup>70</sup>, che ammette persino la redazione di apposite clausole in caso di inadempimento. Come si è notato in altri frangenti della presente analisi, non pare opportuno scegliere in astratto quale opzione sia preferibile: se la contrarietà ad ogni patto in materia, anche quello concepito per evitare quelle indebite ingerenze che rappresentano un evidente abuso, ben distinto dalla libertà di garantire l'educazione religiosa della prole secondo il proprio progetto educativo, o, piuttosto, l'apprezzamento generico per ogni pattuizione finalizzata ad eliminare l'insorgenza di un nuovo contenzioso sugli stessi temi, eventualmente già allegati in sede di separazione. A prescindere dalla *simpatia* dell'interprete, nei confronti di detto strumento giuridico, dovrà sempre preferirsi il meccanismo di regolazione dei rapporti, tra i coniugi separatisi, che favorisca un'attuazione consapevole dell'art. 155 del codice civile, in armonia rispetto agli artt. 30 e 31 della Costituzione<sup>71</sup>. Il solo davvero in grado di

---

di riflettere sulla questione in esame (cfr., coerentemente rispetto a una equilibrata lettura dell'articolo 12 della Convenzione di New York sui Diritti del fanciullo, C. Cass., Sez. Un., n. 22238 del 2009, in *il Massimario delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. 2001-2011*, il Sole 24 Ore, Milano, 2012, p. 235).

<sup>70</sup>Trib. Rimini 9 Giugno 1998. Con qualche considerazione critica, non solo sulla decisione nel caso concreto, ma in riferimento al modo di guardare a questo strumento del diritto di famiglia, vedi anche L. IANNACCONE, *Libertà religiosa del minore e accordi di separazione (a proposito di un recente provvedimento del Tribunale di Rimini)*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, I, 1999, pp. 768-783.

<sup>71</sup>Che ciò comporti un ripensamento riguardo, ad esempio, alla categoria della potestà genitoriale, lungamente intesa nel senso di considerare preminentemente la situazione della genitorialità rispetto a quella della filiazione, è opportunamente sottolineato in R.



tutelare appieno l'interesse del minore<sup>72</sup>. L'unico parametro realmente indefettibile in giudizi di questo tipo<sup>73</sup>.

## ABSTRACT

The legal protection of specific subjective categories is a traditional issue for international scholars. This kind of argumentative strategy reached a particular relevance after the Second World War, but those normative instruments, considered in an International and Criminal Comparative Law's point of view, seem probably out-of-date and especially not strictly relevant in the current national Private Law. Nowadays, in the European social system, many traditional cultures support the juridical relevance (*erga omnes*) of their own values and try to apply their constitutive rules to the statute of family and her members. Considering difficult conditions for a legislative response and limited possibilities for a new general discipline (even because these modifications, when eventually approved, created a certain discontent in their practical consequences), the most important solution should be to encourage more inclusive customs not based just on a radical idea of secularism and on a precarious pre-eminence of legislation.

## PAROLE CHIAVE

minori; valori religiosi e relazioni di famiglia; matrimonio canonico; famiglia e cultura islamica

under-age people; religious values and family relationships; canonical marriage; family and Islamic culture

---

**DE MEO**, *La tutela del minore e del suo interesse nella cultura giuridica italiana ed europea*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, n. 1/2012, pp. 461-477.

<sup>72</sup> A meno che ciò non implichi adottare un'accezione estensiva dei limiti costituzionali all'esercizio del diritto di libertà religiosa, tale da farvi rientrare, oltre a quello esplicito del buoncostume, richiamato *passim* nel testo, anche quello di un difficilmente tangibile "ordine pubblico costituzionale", che andrà assunto, al più, nel senso della salvaguardia dei valori fondamentali dell'ordinamento, e non in quanto adattamento formale della nozione pre-costituzionale di "ordine pubblico". Un consolidato avviso sulla questione, parzialmente difforme, è autorevolmente presentato in **G. FERRER**, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di affidamento della prole*, in *Rassegna di Diritto Civile*, II, 1985, p. 727.

<sup>73</sup> Tale avviso è opportunamente ribadito in **G. CAROBENE**, *Affidamento condiviso, multireligiosità ed educazione (religiosa) dei minori*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., luglio 2013; istanze affini emergevano in **M.L. LO GIACCO**, *Educazione religiosa e tutela del minore nella famiglia*, *ivi*, febbraio 2007.



*Stato, Chiese e pluralismo confessionale*

Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), n. 31/2014

13 ottobre 2014

ISSN 1971- 8543